

O CHAMADO DIREITO ALTERNATIVO

Goffredo Telles Junior

Professor Catedrático aposentado da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

Proclamação de juízes do Rio Grande do Sul: "*O Direito acima da Lei. O compromisso do juiz é com a Justiça, não com a lei. A lei injusta não deve ser aplicada*". Irrealismo desse ideal. Em caso de *conflito* num caso concreto, o que se pede ao juiz não é sua aspiração pessoal de Justiça, mas uma declaração do que *a lei manda*, nesse caso concreto. Para evitar o arbítrio, forçoso é abraçar as leis. A sentença *contra legem* constitui violação deliberada de norma jurídica, e autoriza ação judicial contra o juiz. A missão verdadeira do juiz: aplicar as leis com a *lógica do jurista*, que é a *lógica do razoável*. O problema da *interpretação* das normas jurídicas. *Justiça e caridade*: o papel destas virtudes, na atividade humana.

Abstract:

Rule by judges from Rio Grande do Sul State: "*The Law above the rule of law. The judge is bound to Justice not to the law. Unjust law must not be applied*". Irrealistic ideal. In case of *conflict* in a concrete case the judge is asked not to follow his personal feeling of Justice, but to give a legal opinion concerning the *law commandment* on that concrete case. To avoid arbitrary opinion it is mandatory to abide by the law. A judicial decision in deliberate violation of the law justifies legal action against the judge. The true mission of the judge: to apply the law according to *jurist's logic*, that is, the *logic of jurisprudence* – the *logic of the reasonable argument*. The problem of *interpretation* of the legal rule. *Justice and charity*: the role of these virtues on human activity.

Unitermos: sentença *contra legem*; interpretação; Justiça e caridade.

Um dia, abro o jornal* e leio:

*JUÍZES QUEREM QUE A LEI SE DANE.
JUÍZES COLOCAM O DIREITO ACIMA DA LEI.
LEIS INJUSTAS NÃO DEVEM SER CUMPRIDAS.
O COMPROMISSO DO JUIZ É COM A JUSTIÇA,
NÃO COM A LEI.*

Estávamos em outubro de 1990. Eu vinha lidando com a Justiça — com os problemas do *justo* e do *injusto* — havia mais de meio século.

Que significavam, agora, aquelas espantosas manchetes? Reportagem completa sobre o assunto ocupava toda a sexta página do jornal. A matéria começava com o seguinte trecho:

"O juiz gaúcho Amilton Bueno de Carvalho, 43 anos, titular da 2ª Vara Cível do Foro de Porto Alegre, tem um orgulho que faria corar de vergonha a imensa maioria dos juízes brasileiros: o de julgar, eventual, mas deliberadamente, contra o que manda a lei. Pode parecer chocante, mas o juiz Amilton diz que 'joga a lei às favas', sem nenhum problema de consciência, todas as vezes que considera injusta a aplicação dela, num caso concreto"

Falando descontraidamente com o repórter, o citado juiz revelou que ele julgava dessa maneira desde 1983. E declarou: *"Ao decidir sobre um pedido de equiparação de salários de servidores municipais aposentados e salários de servidores em atividade, constatei que a lei não permitia essa equiparação. A lei era claramente injusta. Então mandei a lei aos quintos dos infernos, e autorizei o município a fazer a equiparação dos salários"*.

"Em princípio, obedeço a lei" — explicou o juiz — *"Só não a obedeço quando ela se revela injusta. A lei injusta não deve ser aplicada. O papel de um juiz é o de buscar o justo, no caso concreto, com a superação do legalismo. O juiz que só obedece a lei vira instrumento do legislador. Deixa de ser um Poder. Nesse caso, não há necessidade de juízes. Para que juiz, se o juiz tem que se*

* *Jornal da Tarde* (São Paulo), edição de 24 de outubro de 1990.

submeter, sempre e sempre, ao legislador? Nós queremos trazer o humano para dentro do processo. O processo tem que refletir a angústia das pessoas"

O jornal apurou que dezenas de magistrados, da 1ª e da 2ª Instâncias, do Foro do Rio Grande do Sul, defendiam essas idéias, e julgavam de acordo com elas. O repórter ouviu diversos juízes, e o jornal publicou suas declarações. "*O compromisso do juiz é com a Justiça, não-só com a lei*" — proclamaram todos os entrevistados.

O jornalista perguntou: "*E a segurança — a segurança dos nossos direitos, garantida pela lei, onde fica a segurança?*"

Responderam: "*É idiotice pensar em segurança. A vida, por definição, é insegura. A segurança não-existe. O próprio vulgo é quem diz: Cada cabeça, uma sentença, quem se apegue ao argumento da segurança é conservador, é adepto da ordem injusta, da ordem que aí está. Com o que não podemos concordar é que, em nome da segurança, tu faças barbaridades*".

Conferindo a si próprios a designação de *juízes orgânicos*, eles se diziam pregoeiros da "*nova Justiça*" da Justiça a que chamavam "*Direito Alternativo*"

Inspirado num anseio de Justiça, fascinante pareceu, a muita gente, o pensamento daqueles juízes. E logo pude verificar a notável repercussão que tais idéias lograram nos centros culturais de todo o País.

O *Direito Alternativo* foi imediatamente objeto de *mesas redondas*, seminários, programas na TV. artigos nos jornais. Chegou a constituir disciplina autônoma, ensinada em certos cursos universitários.

Sim, fascinante, sem dúvida, a teoria dos magistrados rio-grandenses. Sucede, porém, que, a meus olhos, ela não era mais do que uma quimera — sonho de uma noite de verão —, como, sem demora, pude me certificar.

Como professor de Direito, sinto-me na obrigação de revelar o que vejo no chamado *Direito Alternativo*. O que não posso é calar, frente à investida dos novos pregoeiros, que pretendem mudar o dever dos juízes, na hora em que estes são chamados a *dizer o Direito*.

Fascinante — devo dizê-lo — o sonho de colocar, por cima do *justo* por *convenção*, o soberano *justo* por *natureza*. Sinto-me irmanado com os juízes do *Direito Alternativo*, enquanto permaneço na pura esfera do sonho.

Mas, no momento em que desperto, e que saio do sonho, e ponho os pés na terra, e o pensamento na dura realidade, o que é que vejo? Vejo que preciso me abraçar às leis, para ser livre.

Para que as leis existem? Preciso dizê-lo? Elas existem para evitar o arbítrio do Executivo, para evitar o arbítrio do Judiciário, para evitar o arbítrio dos mais fortes.

Há leis péssimas, sem dúvida. Mas há juízes péssimos, como bem sabemos. A lei péssima pode ser revogada por outra lei. O povo, que faz a lei, pode fazer outra lei. Mas quem destituirá os juízes péssimos e vitalícios?

O juiz Amilton Bueno de Carvalho, que parece liderar o grupo de magistrados do chamado *Direito Alternativo*, declarou: "*Acima da legalidade, estamos preocupados com a Justiça no caso concreto. O compromisso ético do juiz é com a Justiça concretizada, e não com a lei*".

Esse é o sonho. Mas é um sonho de todos nós. Todos nós temos um compromisso com a Justiça concretizada. Todos nós precisamos fazer Justiça concretizada, nos atos comuns da vida. E todos nós, de fato, buscamos praticá-la, em nossas casas, em nossos ambientes de trabalho, no clube, na rua.

Mas, no caso de *conflito* entre aparências diferentes de Justiça concretizada, que fazemos? Vamos ao juiz, para que ele diga quem tem razão, de acordo *com as leis*. O que pedimos ao juiz não é, certamente, que ele nos revele a sua doutrina e suas aspirações sobre o caso concreto. O que pedimos é que o juiz nos diga o que *a lei manda*, no caso concreto. O que queremos é nos submeter *à lei*, não ao juiz, não às teorias do juiz, à revelia da lei.

Que acontecerá com as sentenças dos juízes do *Direito Alternativo*? Que destino terão as sentenças *contra legem*? Todos sabem. Tais sentenças serão forçosamente reformadas pelos Tribunais Superiores. Aliás, já estão sendo sistematicamente reformadas, como não poderia deixar de acontecer.

*

Há um argumento que, segundo penso, não foi ainda aventado, mas que é de suma importância, dentro do contexto do chamado *Direito Alternativo*.

A sentença *contra legem* é uma violação da lei, praticada *deliberadamente* pelo juiz. É ato ilícito. Ora, a lei é norma *autorizante*. É norma que *autoriza* o lesado, pela violação dela, a exigir o cumprimento da norma violada, ou a indenização pelo dano sofrido. Logo, o lesado pela sentença *contra legem* tem, além dos recursos normais para as instâncias superiores, uma ação *contra a pessoa do juiz*, que é um infrator confesso.

Assim, o autor da sentença *contra legem* pode passar de juiz a réu, em ação de reparação de danos.

Péssimo exemplo deram esses juízes do *Direito Alternativo*. Péssimo exemplo, apesar de seu amor pela Justiça. Poderiam demonstrar seu amor, usando meios adequados. Mas, fazendo o que estavam fazendo, colocaram-se na situação de agressores, ferindo direitos líquidos e certos, de pessoas que não-merecem esse tratamento.

Quando os juízes declaram que não-cumprem as leis, quem as cumprirá?

*

O Poder não-fundado na lei, o Poder contra a lei, é o Poder discricionário. É, exatamente, o Poder que odiamos, porque é o Poder dos ditadores e dos tiranos. É o Poder que odiamos, mesmo quando esse Poder está nas mãos de juízes.

Sim, é certo, situações de injustiça social existem, por toda parte. E não há dúvida que a Justiça humana é imperfeita. Mas ainda mais imperfeita se tornará se ela for entregue ao arbítrio dos juízes.

Erraram de carreira os juízes do *Direito Alternativo*. Se queriam se dedicar à luta contra as leis injustas, não deveriam ser juízes. Deveriam ser políticos. Deveriam se alinhar conosco, deveriam participar de nossas campanhas, por uma ordem jurídica melhor, por uma Democracia mais perfeita.

Mas se, apesar de tudo, querem ser juízes e, ao mesmo tempo, querem ser compreensivos e humanos, então o que lhes compete é *interpretar* as leis com a *lógica do jurista*.

Com a *lógica do jurista*? Que lógica será essa? O jurista terá uma lógica que não seja a lógica natural da razão? Que não seja a lógica descrita por Aristóteles? Que não seja a lógica que empregamos, bem ou mal, em nossos

raciocínios de todo momento? Terá o jurista uma lógica especial, que não é a que eu mesmo descrevi, em meu "*Tratado da Consequência*"?

O que eu tenho a dizer, sobre este assunto, é que a *lógica do jurista*, segundo penso, não deve ser sempre a *lógica do racional*. Frequentemente, deve o jurista, em nome da Justiça, substituir os rigores dessa lógica pela *lógica do razoável*, como bem ensinou Luis Recasens Siches.

Não-julgar contra as leis! Ao juiz compete fundar-se nas leis e *interpretá-las adequadamente*, ou seja, dar às leis vigentes uma *interpretação razoável, uma interpretação humana*, conferindo ao caso concreto a solução que essas leis confeririam, se as novas circunstâncias tivessem sido previstas, ao tempo da elaboração delas.

Deve o juiz *usar a lógica do jurista*, que é, precisamente, a *lógica do razoável* e do *humano*.

Mas como deve o juiz proceder para usar essa lógica?

*

Tal pergunta, todos nós, estudiosos do Direito, a fazemos a nós mesmos, e só a respondemos convenientemente depois de nos havermos compenetrado de que a lei é sempre *elemento de uma ordenação*.

O jurista sabe que a lei é sempre *parte* de um *todo*, um componente da ordem global. O jurista sabe que o pensamento inspirador dessa ordenação há de ser, igualmente, o pensamento, próximo ou remoto, de cada lei, ou, ao menos, há de servir de referência para seu acertado entendimento.

Este é o motivo pelo qual o jurista, ao interpretar a lei, começa por vê-la dentro do conjunto de que ela participa, e a considerá-la como um *componente de um sistema ético*.

Para o jurista, a lei não é uma proposição solta; não é, apenas, o que se lê em seu texto. Ela é, também, aquilo que ela *pretende*, como participante de uma ordem geral.

O jurista sabe que a lei tem *letra* e tem *espírito*. Quase poderíamos dizer que a lei tem *corpo* e tem *alma*. A verdade é que a lei, para o jurista, não se esgota em sua *letra*. A lei se acha, também, no seu *pensamento* e na sua *intenção*.

Nem sempre o *espírito* da lei se exprime na *letra* dela. Mas o que é certo é que a lei, seja qual for a sua letra, não deve ser aplicada contra o seu espírito.

O juiz não pode deixar de aplicar a lei nos casos para os quais ela foi feita. Deve, porém, aplicá-la *adequadamente*, isto é, deve aplicá-la com o *espírito* — o sentido — que ela, em cada caso concreto, precisa ter, para alcançar os exatos objetivos que determinaram sua elaboração.

Quero aqui ressaltar uma conclusão importante. Creio que o assunto merece especial atenção. Se a aplicação da letra da lei a um caso concreto produzir efeito contrário ao que a própria lei pretende, *aplicá-la* equivale a *violá-la*, porque será contrariar o seu pensamento, o seu espírito.

O juiz, que a tenha aplicado assim, não-soube *interpretá-la* convenientemente: apegou-se à *letra* rígida da lei, desconhecendo o seu *espírito*.

Miguel Reale escreveu: "*uma norma é a sua interpretação*" Impossível dizer melhor ("*Filosofia do Direito*" 5ª ed., Parte II, Tit. X, Cap. XXXVIII, n. 214).

Mas, é evidente que a interpretação há de ser correta. Há de ser uma interpretação de *jurista*, ou seja, uma interpretação mais preocupada com a intenção e o espírito da lei, do que com o estrito sentido literal da mesma.

Na *interpretação das leis*, mais importante do que o rigor da lógica *racional*, é o entendimento *razoável* dos preceitos, porque o que se espera inferir das leis não é, necessariamente, a melhor conclusão *lógica*, mas uma *justa* e humana solução (Recasens Siches, "*Nova Filosofia da Interpretação do Direito*" ed. Fondo de Cultura Economica, México-Buenos Aires, sem data, Cap. III).

Bem sei que esse tipo de interpretação exige bons juízes. A experiência demonstra que, muitas vezes, os bons juízes conseguem melhorar, por meio de uma judiciosa interpretação, a qualidade das más leis. Já houve quem dissesse que não haveria motivo de se temer as más leis, se elas fossem sempre aplicadas por bons juízes. Em regra, a sábia interpretação da lei é competente para dar solução *razoável* ao desafio de quaisquer casos concretos, até mesmo dos casos mais melindrosos.

Quero manifestar uma convicção que os anos de uma longa vida formaram dentro de mim. A verdadeira compreensão das leis, a sábia interpretação delas, a sua aplicação prudente ao caso concreto, não depende de *erudição* apenas, mas de *sabedoria*, "*not knowledge, but Wisdom*" daquela "*sabedoria profunda e silenciosa*" como diria meu irmão Ignacio ("*Páginas de uma Vida*" Parte I, I).

Valendo-se da *lógica do razoável*, o juiz fará uma Justiça que "*excede a Justiça dos escribas e dos fariseus*" a que se referiu Jesus, no "*Sermão da Montanha*" (Evangelho de São Matheus, V. 20).

*

Disseram os juízes do *Direito Alternativo* que suas sentenças *contra-lem* eram sempre ditadas por um sentimento de *caridade*.

Ah, sim, a caridade! A caridade é a virtude mais alta, sem dúvida; virtude *mais alta* do que a da Justiça.

Acontece, porém, que a Justiça é *mais urgente* do que a caridade.

Primeiro a Justiça: dê-se aos outros o que lhes pertence. Isto é fundamental. *Depois*, querendo, e se houver com que, faça-se a caridade.

Pode haver Justiça sem caridade, mas não *há caridade contra a Justiça*. E é ato de injustiça dar a alguém o que é devido a outro. Tal ato, em verdade, não pode ser tido como ato de caridade, porque, evidentemente, uma pessoa só pode fazer caridade *com o que é seu*.

Quem pratica a caridade, já praticou a Justiça.

Que esdrúxula caridade é essa praticada pelo juiz! Que caridade é essa, feita pelo juiz com o que não lhe pertence? O juiz, como cidadão qualquer, pode fazer caridade, mas com o seu próprio patrimônio. O que *não pode* é fazer caridade com o que é dos outros. Que caridade é essa, com dano de terceiros?

Com patrimônio alheio, os juízes do *Direito Alternativo* quiseram fazer caridade. Violaram a lei, feriram a Justiça. Promoveram-se a oráculos do *justo* e do *injusto*. Deram um péssimo exemplo. Incentivaram a ilegalidade. Justificaram o arbítrio, atentaram contra o fundamento da Democracia. E, por fim, não fizeram caridade, nem Justiça, porque suas sentenças são insustentáveis, e terão que ser reformadas pelo Tribunal.

Mas ... quero confessar que o idealismo daqueles juízes me comove. Erradas as suas sentenças, não há dúvida. Mas limpo é seu coração. Eu gostaria de ser amigo deles.

São Paulo, janeiro de 1999.